CIENCIA JURÍDICA EUROPEA Y DERECHO COMUNITARIO: IUS ROMANUM. IUS COMMUNE. COMMON LAW. CIVIL LAW *

Por

ANTONIO FERNÁNDEZ DE BUJÁN
Catedrático de Derecho Romano
Universidad Autónoma de Madrid

antonio.bujan@uam.es

Revista General de Derecho Romano 10 (2008)

1. GÉNESIS DE LA IDEA DE EUROPA

Del nombre -Europa- de una princesa fenicia, procede la utilización del término para referirse al continente conocido bajo esa denominación. Conforme a la mitología, Europa, hija del rey fenicio de Tiro, habría sido raptada por Zeus -y de ahí el llamado rapto de Europa-, con el que habría tenido tres hijos, uno de los cuales sería Minos, rey de Creta y fundador de la dinastía minoica. La acepción geográfica continental de Europa se contiene ya en textos griegos del siglo VII a.C. y romanos de la época clásica. Pero Europa es mucho más que un enclave geográfico, es un producto de la historia, una concepción de la civilización y de la cultura, un referente de lo que Hegel considera la larga marcha de la humanidad hacia la libertad.(1)

---

* Este trabajo ha sido elaborado en el marco del Proyecto de investigación I+D, subvencionado por el Ministerio de Ciencia e Innovación: DERECHO ADMINISTRATIVO HISTÓRICO. EXPERIENCIA ADMINISTRATIVA ROMANA. UTILITAS PÚBLICA. MUNICIPIO. PROVINCIA. URBANISMO. REGISTRO Y ARCHIVOS PÚBLICOS. DERECHO COMPARADO, código SEJ2006-02872 coordinado por la Profª. Dra. Mª. Carmen Jiménez Salcedo.

El ideal democrático ateniense, germen de la convivencia política europea, encuentra una de sus más antiguas experiencias en la República romana, en cuyos años finales, la libertad, para Cicerón, se identificaba con el sometimiento a las leyes públicas y con la ausencia de reyes. Quizá haya sido esta concepción de la libertad -en tantas ocasiones traicionada y manipulada- una de las notas esenciales de la civilización europea en relación con la cultura de las naciones africanas y asiáticas.

Aparte del ideal político democrático, Europa se configura sobre los pilares del pensamiento filosófico, científico y artístico griego, del Derecho romano, de las instituciones germánicas y de la ética social cristiana.(2)

Roma -en palabras de Ortega y Gasset- latiniza el occidente europeo y ensambla por primera vez, en la historia de Europa, la parte occidental y la oriental bajo la fórmula política del Imperio. El Estado romano, que se extiende por la mayor parte del territorio europeo y que basa su autoridad política en la fuerza de las armas y, en menor medida, en las alianzas o pactos con los territorios anexionados, supone un elemento de cohesión entre los diversos pueblos europeos y de difusión de la civilización y de la cultura greco-latina, que es la más avanzada de su época.(3)

El Imperio de Occidente, que había entrado ya en crisis en los siglos anteriores, cae definitivamente en poder de los pueblos germánicos en el año 476.(4) Los germanos se asientan por la fuerza o mediante alianzas en las antiguas provincias romanas: Italia, Galia, Hispania, Lusitania, Dalmatia, Britania, Belgica, Dacia, Macedonia etc. y aunque el grado de romanización de las provincias era profundo, distaba mucho de ser uniforme, de ahí que la germanización haya sido también diversa. En todo caso, los pueblos germánicos, conscientes de la superioridad de la cultura romana, tienden a una progresiva romanización, que enriquece su tradición cultural y sus costumbres e instituciones jurídicas. Considera la doctrina que es el Derecho Romano vulgar, y no el derecho clásico, el que es asumido por los pueblos germánicos. Hoy se entiende, de forma mayoritaria en la doctrina, que el Derecho germánico constituye el segundo gran tronco sobre el que se asienta el pensamiento jurídico europeo.

El Imperio Romano de Oriente continúa existiendo hasta el año 1453 en que Constantinopla es invadida por los turcos. La influencia de la cultura jurídica bizantina en la parte correspondiente a las provincias -hoy naciones- orientales europeas, se manifiesta en su legislación y en la práctica política de estos países, a lo largo de su historia, hasta nuestros días.

La invasión islámica, de amplios territorios colindantes con el Mediterráneo, hace del solar europeo, un campo de enfrentamiento entre civilizaciones diferentes, que dura siglos. Las masivas oleadas de pueblos germánicos, vikingos y musulmanes conducen a la fragmentación de la unidad política y jurídica europea, la primera en la historia de

Europa, que había supuesto el Imperio Romano. El feudalismo y los antagonismos entre las monarquías partidarias y contrarias al Sacro Imperio Romano es otra de las características del medievo europeo. El renacimiento de la idea del Imperio Romano (renovatio o translatio imperii) se asocia en el siglo IX al poder papal, que lucha contra el invasor musulmán, y se concreta en la coronación del rey franco Carlomagno en la Navidad del año 800 (los francos habían invadido la antigua Galia romana, con posterioridad a los visigodos) como único emperador, por el Papa. Nace así el llamado Sacro Imperio Romano que pasa a denominarse en el siglo X Sacro Imperio Romano Germánico, al asociarse la corona germánica al Imperio. La tradición de emperadores europeos coronados por los papas se prolonga hasta la coronación de Carlos V en la Bolonia del 1530., A la materialización de esta idea, se refieren los estudiosos, con la expresión de < Tradicional Alianza entre el Trono y el Altar> (5)

2. LA CIENCIA JURÍDICA EUROPEA : DE LA JURISPRUDENCIA CLÁSICA ROMANA A LA BOLONIA DEL IUS COMMUNE. MOS ITALICUS

La convencional afirmación de que la ciencia jurídica europea nace en Bolonia en el siglo XI como consecuencia del descubrimiento, estudio y enseñanza, con carácter autónomo del Derecho, contenido en un manuscrito del Digesto, debe ser matizada conforme al resultado de recientes investigaciones en las que se sostiene que la enseñanza independiente de materias jurídicas, con un plan de estudios prefijado, tiene lugar por primera vez en el siglo V, en las escuelas de Derecho de Berito y Constantinopla del Imperio Romano de Oriente (6). El derecho -tiene escrito Orestano- (el ius, la iurisprudentia, el directum romano), aparece ya, en ocasiones, en textos clásicos, como ciencia (scientia) y en otras como arte (ars) (7).

En todo caso, el modelo de ciencia universal y eterna, a la manera de los elementos de Euclides, que construye la matemática como ciencia perfectamente deductiva, ha sido superado en la concepción actual, en la que la ciencia ya no se identifica necesariamente con un conjunto de verdades universales, necesarias o absolutas, sino más bien con valores como racionalidad, previsión, ordenación sistemática, firmeza o estabilidad. En este sentido, de conocimiento firme y riguroso de una actividad, puede enmarcarse la literatura jurídica clásica romana, como ciencia racional, que no tiene por qué subordinarse a los esquemas de las ciencias naturales o empíricas.

Lo que se produce a finales del siglo XI en Bolonia es el definitivo desarrollo de la ciencia jurídica europea, la comunicación entre pueblos y naciones independientes de Europa, que se cohesionan a través del gran tronco que supone primero el Derecho Romano, considerado como el derecho natural o la razón escrita, y con posterioridad el Derecho canónico, que nace con pretensiones de universalidad y de autoridad moral. La

unión de ambos derechos (utrumque ius) es lo que se denomina derecho común (ius commune) (8).

A la escuela de artes liberales de Bolonia, en la que se enseñan las materias comprendidas en el trivium (gramática, retórica y dialéctica) y el quadrivium (matemáticas, geometría, astrología y música) llegan estudiantes de toda Europa. Muy pronto comienza asimismo a estudiarse el derecho con carácter independiente. La tradición atribuye a Irnerio, gramático, filólogo y lógico, el magisterio y la autoridad en materia jurídica a comienzos del siglo XII.

Junto a los monasterios y castillos, como centros de cultura y de poder, comienzan a crearse las primeras universidades (Bolonia, París, Oxford), que aglutinan maestros y discípulos venidos de todos los países europeos. Intercambio cultural, cosmopolitismo y carácter transnacional de los saberes son notas caracterizadoras de las universidades medievales, en las que las lecciones de los maestros se imparten en la misma lengua, el latín, y sobre la base de los mismos libros. Profesores y alumnos de los distintos países europeos acuden a las distintas Universidades, con una movilidad y una conciencia de la universalidad del conocimiento, tan inherentes al espíritu universitario, que se han convertido en puntos de referencia de la legislación supranacional sobre la materia, en el tiempo en que vivimos . Hay que esperar a los siglos XVII y XVIII para que en las universidades europeas se enseñe el derecho nacional de los respectivos territorios, frente al estudio predominante del Derecho Romano: siglo XVII en Upsala y París; siglo XVIII en Wittenberg, Salamanca, Oxford y Coimbra. Filosofía, Derecho, Teología, Medicina y Ciencias naturales eran las materias más estudiadas

El estudio del Digesto en Bolonia, que se realiza en sus orígenes desde un punto de vista gramatical y filológico, muy pronto se extiende al plano de la lógica y de la dialéctica con fines utilitaristas de formación de juristas, funcionarios, abogados y jueces. A mediados del siglo XII, también en Bolonia, comienza la enseñanza autónoma del Derecho de la Iglesia o Derecho canónico, que es el que aplican desde entonces los tribunales eclesiásticos, y deriva básicamente de las decisiones -mediante la promulgación de decretos o decretales- de los pontífices a los problemas que se les plantean y de los cánones o disposiciones aprobadas en los Concilios.

La principales fuentes de Derecho canónico son la recopilación, con fines docentes, de decretos papales, textos bíblicos, patrísticos, teodosianos y justinianeos, realizada por el maestro boloñés Graciano (s. XII), hacia 1140, conocida como Decretum Gratiani, y la publicación, sobre la base del mismo, de las principales fuentes canónicas, ordenada por el papa Gregorio IX (s. XII) y encargada al fraile dominico y canonista de origen catalán Raimundo de Peñafort, posteriormente canonizado y elevado a la condición de patrono de las Facultades de Derecho europeas. El Derecho canónico se emancipa de la

Teología, y comienza a ser estudiado en las universidades. En expresión de Spengler, el Decreto de Graciano supuso la creación de la ciencia occidental del derecho espiritual y su reducción a sistema (9).

A partir del siglo XVI la obra de Justiniano pasa a denominarse oficialmente Corpus Iuris Civilis, el conjunto de fuentes canónicas Corpus Iuris Canonici, y los estudiosos de ambos cuerpos legales civilistas y decretalistas respectivamente.

La aplicación de ambos ordenamientos planteó, en ocasiones, conflictos o bien con derechos locales o consuetudinarios, o bien con normas estatutarias, propias de los municipios o ciudades, o bien con disposiciones reales o feudales de gobernantes de la época, y especialmente, fue objeto de debate, la cuestión de la vigencia como fuente primaria o secundaria del Corpus justinianeo.

La consideración del Derecho Romano y del Derecho canónico como dos ramas del mismo tronco se manifiesta, además de en la expresión utrumque ius, en la denominación de doctor en uno y otro derecho del título universitario correspondiente: doctor in utroque.

Después de la recepción o asimilación del Derecho Romano por los pueblos germánicos, se produce pues esta segunda recepción del Derecho Romano a partir de finales del siglo XI europeo,conocida con la denominación de ius commune, en atención a su aplicación común y por tanto supranacional, en mayor o menor medida, a todos los países y ciudadanos del territorio europeo.

Todos los países europeos, en la Edad Media, en mayor o menor medida reciben, aceptan o se ven influidos por el Derecho Romano de forma voluntaria (y he aquí el matiz esencial y diferenciador respecto a la implantación del derecho del Imperio Romano en Europa, si bien cabría asimismo matizar al respecto que la conquista no supuso en todos los casos la imposición coactiva del Derecho Romano, sino que fueron numerosos los supuestos en los que se aceptaba gran parte de las instituciones jurídicas de los pueblos sometidos), sin que, en consecuencia, quepa hablar de sometimiento político o social, sino de aceptación voluntaria, y asimilación, en reconocimiento a la superioridad técnica y al sentido de equidad que se atribuye a las fuentes romanas. Entre las causas por las que el ius commune conquistó Europa, Von Caenegen ha señalado las siguientes :

a) La intrínseca calidad del Corpus Iuris,

b) La necesidad de reforzar el gobierno central, la administración local y los procedimientos judiciales,

c) El renacimiento cultural del siglo XVI, y, en este marco, la consideración del Corpus como la gran obra jurídica de un emperador cristiano,

d) La nueva economía monetaria, comercial y urbana, y

e) El desarrollo de la argumentación jurídica con base en los textos romanos , en los procesos desarrollados ante los Tribunales(10).

La expresión, ius commune, propia del medievo europeo, tiene asimismo su origen en un texto de Gayo, recogido en Digesto 1.1.9, en el que se afirma que: “todos los pueblos que se gobiernan por leyes y costumbres, usan en parte su derecho peculiar, en parte el común a todos los hombres. Pues el derecho que cada pueblo estableció para sí, es propio de la ciudad y se llama derecho “civil”, como derecho propio que es de la misma “ciudad”; en cambio, el que la razón natural establece entre todos los hombres, es observado por todos los pueblos y se denomina derecho de “gentes”, como derecho que usan todas las gentes o pueblos”.

Irnerio y sus discípulos y continuadores en la Universidad de Bolonia condicionan el desarrollo de la ciencia jurídica al estudio literal del texto del Corpus Iuris, en una actitud de subordinación heredada del pensamiento justinianeo, que había prohibido el comentario de su obra, permitiendo únicamente las traducciones literales, la confrontación de pasajes paralelos o la realización de pequeños resúmenes o índices, y estableciendo que sólo el emperador tiene competencia para promulgar e interpretar las leyes(11).

El estudio científico del Corpus Iuris, si bien limitado por los condicionamientos mencionados, se complementa a lo largo de los siglos XIV y XV, con la utilidad directa que supone su aplicación por los tribunales como derecho vigente y su progresiva influencia en las legislaciones de los reinos medievales y en los juristas y funcionarios encargados de documentar las costumbres y usos sociales de la época. La indiscutida autoridad que se reconoce en el medievo al Corpus justinianeo es equiparada por Wieacker a la que la teología dogmática atribuye a la Biblia o la filosofía medieval a las obras de Platón o Aristóteles.

El método de Irnerio y sus discípulos consistía en realizar aclaraciones o explicaciones de los textos contenidos en el Digesto, de ahí la denominación de glosadores, o bien al margen o bien entre líneas del propio párrafo, y de ahí la denominación de: glosas marginales o interlineales. La multiplicidad de glosas realizadas a lo largo de más de un siglo encuentra finalmente su recopilación en la labor de Accursio, que publica la denominada Glossa ordinaria o Glossa magna, en el siglo XIII. La veneración a esta glosa accursiana llegó a ser tan grande como la que se dispensaba al texto justinianeo.

Fue Accursio, nacido en Bagnolo, la Toscana, en 1182 y muerto en Florencia, en fecha incierta, entre 1259 y 1263, el más renombrado jurista y maestro del derecho, del Medievo(12)

Su obra fundamental, la Glosa ordinaria, posteriormente denominada Glosa magna o Glosa accursiana, está considerada como la de mayor autoridad doctrinal y más constante aplicación práctica en los Tribunales, durante los siglos que abarca la Edad Media, el punto de partida y fundamento del ius commune europeo, y una de las más relevantes aportaciones en la configuración del Estado moderno.

De origen campesino, apenas se tienen noticias de sus antepasados. Se ha conjeturado que el propio nombre de Accursio sería un apodo (Pugliese). Estudió en Bolonia con los maestros glosadores Jacobo de Balduino y Azón, siendo éste quien le influye de manera decisiva en su dedicación al Derecho Romano. Con el fundador de la Escuela Boloñesa, Irnerio, que fue el primero de los profesores que enseñó Derecho con carácter independiente en la Escuela de Artes Liberales, y con su maestro Azón, atesora Accursio la imperecedera gloria de la Universidad de Bolonia, en cuyas aulas había sido alumno y ejerció como catedrático durante cuarenta años.

Compatibilizó Accursio su labor docente con la elaboración de dictámenes encargados por clientes conciudadanos y venidos expresamente a Bolonia desde lejanas ciudades, atraídos por su creciente prestigio como jurista. Son abundantes las noticias que tenemos sobre su actividad consultiva y forense. Conocemos, asimismo, de forma detallada, la relación de obras contenidas en su biblioteca, a la hora de su muerte. Kantorovich, en su estudio acerca de aquélla, relaciona un total de 63 obras, pertenecientes a romanistas (en número de 24), canonistas y feudalistas(12).

Entre 1253 y 1255 Accursio se traslada a Florencia, donde es nombrado juez y asesor de la máxima autoridad municipal. No se sabe con certeza la causa de su cambio de residencia, barajándose por la doctrina razones tan diversas como una desgracia familiar, un revés político o el deseo de aislarse a trabajar en su villa campestre "La Riccardiana".

La relación de obras atribuidas a Accursio es la siguiente:

1. Como una obra independiente de la Glosa ordinaria, suele considerarse la Glosa a las Instituciones de Justiniano, que quizás haya constituido la primera de sus aportaciones. Realizada cuando todavía era un joven doctor en Bolonia, fue revisada por su autor, poco antes de su muerte en Florencia.

Debemos a Torrelli, sin duda el más reconocido estudioso de su obra, la publicación, en 1933, de la edición crítica de la Glosa accursiana a las Instituciones. En opinión de este autor, decidido partidario de la tesis de la doble redacción por Accursio del aparato de las Instituciones, la segunda redacción constituye un texto autónomo respecto de la primera, dado que contiene un mayor número de glosas, fruto de la evolución del pensamiento de Accursio.(13).

2. La Glosa ordinaria o Glosa magna, a la que, debido a su capital importancia en el panorama de la literatura medieval, se dedicará una atención especial en las páginas siguientes.

3. Un speculum iuris.

4. Una edición de los Libri Feudorum.

5. Una Summa del Authenticum.

6. Una Enciclopedia del Derecho, que habría redactado en los últimos años de su periplo vital, que transcurren en la capital florentina.

La actividad profesional y la obra por excelencia de Accursio, la Glosa Magna, se hallan estrechamente unidas a la Compilación justinianea y, al igual que la promulgación de ésta en el siglo VI, evitó la pérdida de gran parte de la Jurisprudencia clásica. Sin la ingente obra accursiana, que supone la recopilación, selección y aportación de más de 96.000 glosas al Corpus, se habrían perdido decenas de millares de las anotaciones realizadas a lo largo de casi dos siglos por los maestros, juristas e intérpretes medievales de la obra justinianea.

La doctrina opina, de forma mayoritaria, que Accursio realiza su obra durante su período de enseñanza de 40 años en Bolonia, si bien no se sabe con seguridad si la obra apareció, por partes o, en su conjunto, de forma unitaria. Supone una labor de ordenación sintética y sistemática de las anotaciones realizadas por los glosadores durante casi doscientos años, que se concreta en la recopilación de más de 96.000 glosas, distribuidas de la forma siguiente: 62.577 al Digesto, 21.933 al Código, 4.737 a las Instituciones, y 7.103 al Authenticum, a las que deben añadirse varios centenares realizadas a los libri feudorum.

Accursio no es, sin embargo, un mero sistematizador del trabajo realizado por los glosadores, sino que lo revisa, lo selecciona, lo reelabora y añade sus propias glosas, cuando lo considera oportuno. Utiliza para ello, las técnicas y cánones de la lógica, la retórica y la dialéctica, en las que es experto, no acudiendo, sin embargo, a los cánones propios de los métodos filosófico ni histórico.

En su labor, Accursio identifica a los autores por sus iniciales o siglas, procediendo a una selección ordenada de sus opiniones, mediante la fórmula de las conexiones internas, remisiones, concordancias entre textos que tratan de una misma materia y conciliación de textos de diferentes juristas.

Cabe destacar el hecho de que, en algunas glosas especialmente extensas, Accursio introduce sus propias observaciones que, en ocasiones, aportan luminosas explicaciones a las controversias entre los glosadores sobre puntos concretos, lo que ha supuesto que en sólo 122 glosas se hayan encontrado contradicciones.

El orden lógico de los apartados se deduce, asimismo, de los propios títulos de algunos de los apartados: continuatio titulorum, regulae, sedes materiarum, modi arguendi, loci communes.

A pesar de que la Glosa magna tiene básicamente pretensiones prácticas, Accursio procura, en muchas ocasiones, resaltar la lógica del razonamiento en las opiniones de los intérpretes, así como, su sensibilidad, en la resolución, de forma equitativa, de los conflictos de intereses planteados, por lo que, cabe afirmar, que nuestro Accursio logra, con su obra, resultados científicos, de acuerdo con la actual concepción de la ciencia, en atención a que ésta ya no se identifica necesariamente con un conjunto de verdades universales, necesarias o absolutas, a la manera de los elementos de Euclides, que construye la matemática como una ciencia perfectamente deductiva, sino más bien con valores, como racionalidad, previsión, ordenación sistemática, firmeza y estabilidad.

Tres elementos caracterizadores se han resaltado recientemente en relación con la Glosa magna accursiana:a)Un valor político, en cuanto sistematiza y unifica materiales diversos y dispersos,

b)Un valor normativo, en cuanto que se aplica a los tribunales de forma eficaz

c)Un valor científico en la medida en que construye un sistema jurídico (Diurni).

La Glosa magna no sólo tiene un valor escolástico y exegético del Corpus justinianeo, al propio tiempo que constituye uno de los más relevantes productos culturales de su época, sino que tiene también naturaleza normativa, en atención a que de ella se extraen, en un primer momento, normas y principios aplicables por los Tribunales, para pasar muy pronto a utilizarse como punto de partida e instrumento para la construcción de un derecho vigente, ius commune, uniforme para muchas naciones europeas.

Además de su valor exegético y normativo, el enorme respeto de que goza la Glosa magna en muchas ciudades europeas, se manifiesta en el hecho de que, a partir del siglo XIII, la mayor parte de las ediciones del Corpus Iuris, contienen adjunta la glosa, cuyo éxito perdura durante más largo tiempo que cualquier otra obra del pensamiento jurídico europeo, hasta principios del siglo XVII.

Destacada la naturaleza normativa de la Glosa magna, y su incidencia en la fijación de reglas y principios propios del derecho vigente de cada país y en la construcción del derecho común europeo, debe destacarse asimismo que la obra accursiana cumple básicamente una finalidad práctica inmediata, en cuanto que los legisladores, jueces y abogados encuentran reunida, en una sola obra, lo que estaba diseminado en millares de ellas, que contendrían probablemente centenares de miles de glosas realizadas a lo largo de casi dos siglos, con las enormes dificultades que ello suponía de acceso a los manuscritos individualizados de los glosadores, de interpretación de las glosas, de conciliación de las contradicciones, de sistematización de los pareceres semejantes

sobre los textos, de selección de las glosas consideradas vigentes, de exclusión de las que se habían quedado obsoletas, etc..

La autoridad de la Glosa magna en los juicios, llegó hasta el punto, que no sólo se interpretaba el texto justinianeo según el valor que le otorgaba Accursio, sino que contra el texto de la glosa no prevalecía ni el propio texto del Corpus justinianeo, con el añadido de que los textos cuya glosa no se había recogido en la Glosa magna, no tenían valor alguno en la práctica. Se ha afirmado, en este sentido, que el Derecho Romano es norma vigente de primer grado, pero requiere como trámite esencial e ineludible para su aplicación la interpretatio, por lo que puede considerarse a la glosa como una norma de segundo grado (Caprioli).

De entre las máximas y aforismos de esta etapa histórica, cabría destacar los siguientes:

1. Conforme a un aforismo propio de la época, se entendía que fuera del Corpus Iuris, y de la interpretación que de sus textos se hiciera, por los glosadores: < non est nec lex nec ratio>.

2. Nos dice el propio Accursio, en la glosa notitia, correspondiente a D. I.1.10, que, como réplica a la pregunta que se le formula de si quien quiera ser jurisconsulto tenía que estudiar también teología, responde que los textos del Corpus Iuris deben aceptarse, como principio y fin del conocimiento jurídico, sin que quepa nada fuera de ellos: “omnia in corpore iuris inveniuntur”.

3. Se elabora en el Medievo la teoría de la pretensión fundada, conforme a la cual: “Qui ius romanum adlegat, habet fundatam intentionem”. Es decir, quien alega un texto glosado del Corpus Iuris, tiene fundada pretensión, lo que supone, la carga de probar, por parte del adversario en el litigio, la no vigencia, en su caso, del texto aducido.

4. La práctica identificación del Ius con el Ius romanum y la influencia de éste en el Derecho canónico -y es la influencia recíproca entre ambos derechos una de las cuestiones abiertas, en la investigación, sobre la época- explican que los tribunales eclesiásticos se sirvieran del Derecho Romano,como normativa subsidiaria para enjuiciar los asuntos que se les plantean, conforme a la regla: “Ecclesia vivit lege romana”.

5. En parecido sentido al principio de subsidiariedad del Derecho Romano en relación al Derecho canónico, rige en la Edad Media la no interpretación extensiva de las normas del derecho estatutario respecto a casos dudosos o a lagunas normativas, a fin de favorecer, en estos supuestos, la aplicación subsidiaria de los textos glosados del Corpus Iuris, conforme a la máxima: “Statuta sunt stricte interpretanda”.

6. El excesivo apego a la letra de la ley, con exclusión de consideraciones de orden histórico, político, económico, sociológico, etc., hace que, un jurista italiano del siglo

XVIII, afirme que los glosadores medievales se limitaban a interpretar “legibus cum legibus”.

7. En algunos países europeos, la recepción del Derecho se produce únicamente a través de la Glosa magna e incluso cabría afirmar, con carácter general que, en todas las ciudades y países en los que se produce la recepción del Corpus Iuris justinianeo, tan sólo se alegaba en los juicios, aquellos textos anotados por los glosadores, en atención a su consideración de derecho vigente, lo que da lugar al aforismo: “Quidquid non agnoscit glossa, non agnoscit curia”.

8. Se atribuye a Cino de Pistoia la comparación entre la adoración que los abogados de los siglos anteriores al XIV sentían por los glosadores, con la que los antiguos sentían por los falsos dioses, conforme a la máxima: “Sicut antiqui adorabant idola pro diis, ita advocati adorant glossatores pro evangelistis”.

Podría decirse, en conclusión, que la Glosa magna clausura una época, la de los glosadores, de florecimiento científico, al igual que sucedió con las obras recopilatorias, sistematizadoras o de conclusiones, de Quinto Mucio Escévola, Ulpiano, Justiniano o Windscheid, y que la propia magnitud de la obra accursiana, su veneración por los abogados y jueces, y el reconocimiento de que gozó en las Universidades, trajo como consecuencia, el inicio de un período de decadencia en la labor de los glosadores, que finaliza cuando un nuevo espíritu vivificador del Corpus se produce, por obra de aquellos juristas que, menos condicionados por la letra del texto, escriben amplios comentarios sobre argumentos o instituciones concretas de derecho público o privado contenidas en las fuentes romanas, por lo que reciben el nombre de comentaristas. Su labor fija, de manera definitiva, el contenido del ius commune europeo, configurado como derecho unitario y uniforme, lo que constituye un modelo histórico, en su concepción y, en su contenido, para la construcción del actual Derecho comunitario europeo.

La actitud de los glosadores respecto de los textos romanos es de sumisión, lo que les impide criticarlos o proponer su reforma. Se considera que el Derecho Romano, y de forma especial el Digesto, como libro de texto por excelencia de las Universidades medievales, es la ratio scripta, la razón juridificada, el derecho científico verdadero, equiparable a la religión verdadera conforme a lo contenido en la Biblia.

El Derecho Romano de la época no sólo tiene utilidad práctica como derecho aplicable por los tribunales, sino que constituye una de las fuentes del Derecho canónico y sirve para legitimar el poder absoluto de los emperadores. Es una de las lecturas, una de las múltiples, que a lo largo de la historia se realizó de la Compilación justinianea. La actitud de los glosadores frente al texto romano, vigente hasta la época del humanismo, recibe con posterioridad la denominación de mos Italicus, que hace referencia a la forma o costumbre propia de los juristas italianos de enfrentarse al estudio de las fuentes.

Si bien la Jurisprudencia nace con la Jurisprudencia romana y el enfoque dialéctico en la literatura jurídica, el inicio de la sistemática, la exposición de reglas, definiciones, distinciones, etc.(14), se remonta ya al siglo II d.C., con los juristas clásicos, se suele considerar a los glosadores, en atención a su método analítico y a la vez casuístico, como los padres de la literatura jurídica europea, en atención a la magnitud de su obra y a la sistematización de su pensamiento.

En los siglos XIII y XIV los estudiosos del Corpus Iuris continúan con la misma actitud de respeto hacia el texto manifestada en siglos anteriores, pero la interpretación se encuentra menos condicionada por la letra y se intenta captar el espíritu de la norma o del legislador, introduciendo fundamentales componentes de racionalidad y de creatividad a través de la vía del carácter integrador o supletorio de la interpretatio, de ahí la denominación de comentaristas. La función de éstos se aproxima más a la labor desarrollada por los juristas clásicos, que realizaban una interpretación creadora de la legislación. Entre los comentaristas destacan Bártolo y Baldo (15).

Uno de los comentaristas, Cino de Pistoia, resume las operaciones realizadas ante el texto en lo siguiente: “a la lectio litterae, es decir, a la letra del texto legislativo, deberá seguir, sobre todo, la divisio legis, a través de la cual se distinguía el mismo texto en las diferentes partes de las que lógicamente se componía y luego, la expositio, que resumía y allanaba el contenido en su conjunto; después la positio casum, ejemplificación de supuestos de hecho concretos con fines dialécticos; la collectio notabilum, las observaciones más notables a las que la ley daba lugar; las oppositiones, es decir, las posibles objeciones; finalmente, las quaestiones o problemas controvertidos que podían nacer”. El punto de llegada de la actividad del jurista, afirma el propio Cino de Pistoia, consiste en desentrañar el espíritu de la ley, la ratio legis.

La actitud de veneración y casi sacralización del Corpus explica, escribe Orestano, que en ocasiones solemnes, el más antiguo monumento del Digesto (conocido como littera pisana, por ser en Pisa donde fue hallado o littera florentina, por ser en Florencia donde se encuentra depositado -en la Biblioteca Laurentina- desde el siglo XV), era expuesto, a la luz de los candelabros, como si se tratase de una reliquia.(16)

No parece cuestionable afirmar que ha sido el historiador italiano Calasso quien con más profundidad y extensión ha estudiado el período de Derecho común europeo.(17) Finalmente no cabe dejar sin mención a una de las obras fundamentales del Derecho común europeo: Las Siete Partidas del rey castellano-leonés Alfonso X “el Sabio”, publicada en el siglo XIII

3. MOS GALLICUS. HUMANISMO JURÍDICO RENACENTISTA. DERECHOS NACIONALES.

Los siglos XV y XVI son los del Renacimiento, el Humanismo jurídico, el mos Gallicus(18) y el nacimiento de las naciones europeas y de los derechos nacionales, en torno a la fórmula política monárquica. El Derecho común sigue siendo el predominante(19), si bien las normas jurídicas atinentes a las instituciones propias de las diversas naciones, así como el naciente derecho de los comerciantes, ius mercatorum y el derecho municipal ,ius municipale, van cobrando importancia creciente. Gráficamente se ha descrito la situación como :< el proceso de nacionalización del Derecho común >. La potestas reconocida al emperador romano-germánico, se traslada ahora a los monarcas, que se consideran soberanos en materia legislativa en su propio reino: rex imperator in regno suo. Es una época de absolutismo monárquico. En el ámbito de la Iglesia, la ideología de la época se manifiesta en la proliferación de iglesias locales o nacionales, cuyo germen y desarrollo no se entiende, por otra parte, sin la Reforma protestante.

La modernidad de la época, tiene su expresión, en el Humanismo renacentista, que en el ámbito del derecho, se concreta en la prevalencia de valores como: la razón, la verdad y la ciencia. El Corpus Iuris se estudia en su dimensión histórica, sin fines necesariamente pragmáticos y utilitaristas. Hay una vuelta al derecho clásico frente al justinianeo. Interesa más el razonamiento, la lógica o el sistema, que la solución en sí del caso concreto. Se están poniendo las bases del pensamiento puramente racionalista de los siglos XVII y XVIII.

Esta nueva actitud ante el texto justinianeo tiene destacados cultivadores, de manera especial en Francia, por lo que se denomina mos Gallicus, en contraposición al mos Italicus . Hay que citar al respecto a Alciato, Cuyacio, Doneau y al español Antonio Agustín. Precisamente en Francia, en el XVII, cobran especial importancia las costumbres y las leyes reales, que en ocasiones se contraponen al Derecho romano(18)

También dentro de la nueva actitud aperturista y de ampliación de horizontes hay que mencionar a un grupo de teólogos-juristas españoles de reconocimiento internacional: Francisco de Vitoria, Domingo de Soto, Luis de Molina y Francisco Suárez.

En el siglo XVII, el Humanismo jurídico comenzó a conocerse en Francia con el nombre de Escuela Culta, siendo Cuyacio y Doneau sus principales representantes (19), y, en Holanda, recibió la denominación de Jurisprudencia Elegante, destacando Voet y Grocio entre sus cultivadores, siendo este último considerado como uno de los padres del Derecho internacional público moderno, sobre la base de las reglas deducidas del Corpus justinianeo(20). En Alemania el movimiento humanístico coincide con la recepción del Derecho Romano a finales del siglo XV, mediante una Ordenanza del

Emperador alemán Maximiliano, promulgada en 1495, conforme a la cual se asume como derecho común, y nacional alemán, gemeines Recht, el Derecho Romano de los glosadores y comentaristas , en detrimento de la casuística de los tribunales y de las normas y costumbres locales, con algunas relevantes excepciones, entre las que cabe destacar, las tradiciones y costumbres propias de Sajonia, contenidas en el denominado Espejo de Sajonia, Sachsenspiegel(21). La manifestación en la doctrina y la práctica judicial, del asumido como Derecho Nacional Alemán, se conoce con el nombre de usus modernus pandectarum, y supone una síntesis de ideas historicistas y preocupaciones dogmáticas, que constituye el germen de la Escuela Histórica del XVIII y de la Pandectística alemana del XIX .

4. EL SIGLO DEL IUSNATURALISMO RACIONALISTA Y DE LAS LUCES

Los siglos XVII y XVIII son los del Derecho natural, del Racionalismo, y de las Luces, y son sus más destacados representantes: Descartes, Domat, Pothier, Hobbes, Montesquieu, Voltaire, Rousseau y Bodin.

La escuela de Derecho natural(22) propugna la elaboración de un derecho de carácter universal fundado en la naturaleza del hombre. Es la persona y la ética social, conforme a la naturaleza, la base de sus planteamientos, por encima de consideraciones teológicas o de autoridad. Sin embargo, a la hora de concretar los principios o valores de carácter universal, los estudiosos tienen que recurrir a la historia para analizar cuáles han sido los valores aceptados y, es en esa vuelta a la historia, donde se vuelve a profundizar en el estudio del Derecho Romano, eso sí, sin dogmatismos, ni apriorismos, procurando extraer de los textos lo que derive de la convergencia entre naturaleza, sistemática y razón. Sobre la base de los estudios del Corpus Iuris, el Derecho natural racionalista, a partir de la idea del derecho subjetivo, procura la elaboración de un sistema de Derecho privado racional y atemporal formado por normas abstractas de conducta, formalmente conectadas entre sí.(23)

Como ejemplar modelo en la aplicación de la razón, en contraposición a la concepción de la justicia como emanación de la divinidad, cabe considerar, si nos remontamos a la primigenia historia de las ideas políticas, propias del occidente europeo, el Ordenamiento Jurídico ateniense, que conformado con el propósito de ordenar armónicamente la convivencia civil, entre hombres iguales en derechos, es el resultado, del carácter razonante del pueblo ateniense, que había traído la lógica al mundo, en expresión de Albright, de su fe en la razón(24). La concepción política de la Atenas clásica se configura, como ya fue reconocido en la época, como el referente de la legitimidad constitucional democrática encarnada en la República romana.

En esta linea de pensamiento se expresaba el ateniense Lisias, en un conocido discurso funerario: < ....Consideraron los atenienses que era propio de las bestias salvajes establecer una jerarquía basada en la fuerza y, por el contrario, obligación de los hombres, establecer lo justo por medio de la ley y convencer por medio de la razón, sometiéndose al reinado de ambas>.En el mismo sentido, recordaba Licurgo, en su discurso <Contra Leócrates>, la estrofa de uno de los más conocidos poetas griegos, incorporados a la cultura popular : <.........Cuando la ira de los dioses busca el mal de un mortal, primero le priva de la razón......>, y en otro pasaje de su discurso cuando afirma :<...........ninguna imputación infundada, sino sólo la prueba de la culpabilidad, debe hacer sentir temor a los hombres>.

En los siglos XVII y XVIII la doctrina del Derecho natural toma la forma de racionalismo(25). La creencia de que es posible la elaboración del derecho conforme a la razón y la naturaleza del hombre, lleva a la idea de revalorizar la legislación y las codificaciones, y a rechazar el principio de autoridad. El derecho se deduce de la razón (imperio rationis) y no de la autoridad (ratione imperii).

Otras consecuencias del iusnaturalismo racionalista son: a) la atención prestada al Derecho público, en especial al Derecho internacional y al Derecho penal y, b) la Ilustración, en el ámbito político. Las monarquías absolutas evolucionan en el “siglo de las luces” hacia un despotismo ilustrado, y procuran introducir en la sociedad de su tiempo, valores como la cultura, la libertad, la tolerancia, el progreso y, la lucha contra la tortura y contra la pena de muerte(26).

En Francia, la monarquía absoluta apenas evoluciona al compás de su tiempo y deviene la Revolución, la Revolución Francesa, y con ella, la recuperación de la soberanía popular, la separación de poderes como base del Estado de Derecho, el fin del feudalismo y de los privilegios de la nobleza y de la Iglesia, la libertad, la igualdad y la fraternidad, como grandes ideales, la Declaración de derechos del hombre y el ciudadano pero también, al propio tiempo, los juicios sumarísimos sin garantías, el radicalismo sectario en nombre de los ideales revolucionarios, las guillotinas sobre las plazas de Francia y el levantamiento de estatuas a la diosa Razón. Y he aquí una nueva lección de la historia. Cuando, desde el poder establecido, no se procede a una razonable reforma de lo injusto o lo caduco, la irresistible marcha hacia la libertad y el progreso arrollará, sin concesiones ni distingos, lo inservible y lo digno de ser conservado (27).

5. PARTICULARIDADES DE LA RECEPCIÓN EN INGLATERRA. COMMON LAW Y CIVIL LAW

El territorio de la isla denominada Britania por Roma no fue muy romanizado, si bien constituyó una provincia del Imperio Romano, y las principales ciudades de la actual Inglaterra fueron fundadas por Roma.

La invasión de Bretaña por los anglosajones, pueblo germánico no romanizado, supuso un alejamiento progresivo de la cultura y Derecho Romano, y si bien el derecho común inglés originario del siglo XII, tiene su fundamento en el derecho feudal anglo-normando de origen continental(28), su desarrollo, como ha puesto de relieve Von Canegen, es propiamente inglés(29). La tradición jurídica anglosajona se denomina Common Law, Derecho común, y aunque el nombre coincide con el de Ius Commune que informa el Derecho europeo hasta el siglo XVIII, se trata de sistemas jurídicos diferenciados y, en buena medida, contrapuestos, si bien se ha producido en el último siglo un proceso de acercamiento y de influencias recíprocas.

Como señala Caenegen, podrían destacarse seis areas de contraste, respecto de las que se ha producido, sin embargo, un notorio acercamiento en los últimos decenios, entre el Derecho Común inglés y el Derecho Civil continental europeo, propio del sistema romano-germánico:

a) La falta de codificación del Derecho Común.

b) La ausencia de la distinción Derecho Público- Derecho Privado, procedente del Derecho Romano, en el ámbito del Derecho Común.

c) La consideración del Tribunal Inglés como cima del Ordenamiento.

d) La relevancia de la Ciencia Jurídica en el sistema de Derecho Civil.

e) La ausencia de distinción entre Derecho sustantivo y Derecho procesal, en el marco del Derecho Común.

f) La no distinción entre proceso inquisitivo y proceso contradictorio en el Sistema Jurídico Anglosajón(30).

El Common Law está formado por decisiones judiciales, costumbres locales y, en muy pequeña proporción, por instituciones propias del Derecho germánico y elementos de Derecho Romano. Se trata de un derecho no codificado, judicialista, casuístico, en el que priman los principios de publicidad, inmediatez y oralidad, con lo que se asemeja al derecho de la República y del Principado romano, si bien éste no fue un derecho judicialista sino jurisprudencial. En la época clásica romana, eran los juristas, y no los jueces, los principales impulsores del Derecho privado, si bien es tradicional recordar al respecto la impronta judicialista del Derecho Romano clásico en atención a la labor de los pretores, que eran, como es sabido, los magistrados competentes en materia de

iurisdictio y encargados de conocer la primera fase del proceso. A esta función de los pretores se refiere un texto de Digesto 1.1.71, correspondiente a Papiniano, en el que se establece: “Derecho pretorio es el que por razón de utilidad pública introdujeron los pretores, para ayudar, o suplir, o corregir el derecho civil...”.

El Common Law se aplica, con carácter general, desde la Edad Media hasta hoy, en el marco del sistema anglosajón(31). Desde el siglo XIII hasta el XVIII, la difusión del Derecho Romano se produce por la vía de los Tribunales Reales, a los que se atribuyen determinadas competencias y cuyos jueces, formados en la Universidad, y no en las escuelas judiciales, como acontece con los jueces del Common Law, juzgan con criterios de equidad, próximos a la tradición romano-canónica(32). Han sido Oxford y Cambridge las universidades donde tradicionalmente se ha enseñado y se enseña Derecho Romano en Inglaterra. El procedimiento ante la Cancillería real era escrito. La contraposición durante siglos entre la Cancillería real y los Tribunales del Common Law se saldó definitivamente a favor de estos últimos a partir del siglo XVIII. En el siglo XIX Se produce la fusión entre el Derecho común y la equidad.(33)

La experiencia y tradición jurídica inglesa constituye una de las más representativas familias jurídicas de la actualidad y se extiende a EE.UU., Canadá, Australia, Nueva Zelanda y Pakistán(34)..

China se debate entre la adscripción al sistema jurídico continental europeo de cuño romano-germánico y el sistema de Common Law, siendo significativo, el singular interés de los juristas chinos por el estudio del Corpus Iuris, y su actual disposición a codificar el Derecho privado. La disyuntiva se plantea asimismo en relación con los distintos sistemas operantes en materia de documentación y seguridad jurídica contractual. En el marco específico notarial, China ha optado recientemente por el reconocimiento de la fuerza ejecutiva y probatoria de la escritura notarial, lo que se ha materializado en la incorporación, desde el año 2002, como miembro de pleno derecho, de la U.I.N.L. (Unión Internacional del Notariado Latino) (35).

Entre los países árabes se produce, en estos años, una creciente influencia del denominado derecho islámico, caracterizado por una poderosa impronta religiosa, fundamentada en el Corán, especialmente en el ámbito del derecho de familia y del derecho hereditario. Por el contrario, la materia correspondiente al derecho patrimonial de los códigos civiles de los países islámicos de Oriente Próximo, Norte de África y África subsahariana, está fuertemente influida por el Código civil francés, de base romanista(36).

6. PARTICULARIDADES DE LA RECEPCIÓN EN FRANCIA, ALEMANIA Y ESPAÑA . ROMANISMO Y GERMANISMO EN LOS CÓDIGOS DEL XIX EUROPEO

Dos son las grandes codificaciones europeas: el Código Civil francés de 1804 y el Código Civil alemán de 1900, de los que son deudoras, en mayor o menor medida, las codificaciones de las demás naciones. El Código Civil Español de 1889 es tributario, en gran medida, del Código de Napoleón y del Derecho Romano.

a) Francia. La obra de Domat y Pothier .El Código de Napoleón.

En la Francia de los siglos XVII y XVIII hay que destacar los nombres de los romanistas Domat y Pothier. Sus Tratados influyen decisivamente en la codificación napoleónica y, a través de ella, en el resto de los códigos de las naciones europeas. En líneas generales, hasta la Revolución, los territorios del sur de Francia, viven bajo la influencia del Derecho Romano y del ius commune medieval, droit ecrit, y los del norte, bajo la influencia del derecho germánico y la Costumbre de París, droit coutumier.

La idea de la codificación del derecho positivo(37), en la que desemboca la concepción del iusnaturalismo racionalista, plantea, entre otros, el problema de quién procede a la determinación de los valores universales abstractos e intemporales, producto de la especulación racional y conformes con la naturaleza humana, y una vez determinados, el problema de la posible confrontación entre estos valores y el derecho positivo, cuestión que ya los juristas medievales plantearon sobre la base de la contraposición existente, en ocasiones, en las fuentes romanas, entre el ius conditum, constitutum o voluntarium (expresiones equivalentes a lo que con posterioridad se denomina ius positivum) y el ius naturale(38).

Napoleón ejecuta uno de los proyectos de los ideólogos de la Revolución Francesa: la codificación del derecho Al modo romano, se hace nombrar primer ciudadano de la República, cónsul y emperador .El mimetismo con la carrera política de Augusto es evidente: el cónsul Octavio Augusto, vencedor en la guerra civil, se presenta como el primero de los ciudadanos en autoridad moral (auctoritas), pero con igual poder que los demás magistrados (potestas). Es el comienzo del autoritarismo, del golpe de estado incruento, que marca el fin de la República y el comienzo del Imperio (39)].

El Código Civil de 1804(40), es considerado como el de mayor influencia en todos los códigos europeos e iberoamericanos de los siglos XIX y XX. Está basado, en líneas generales en: a)El Derecho Romano, sobre todo, en la parte correspondiente a obligaciones y contratos, tal y como se desarrollaba en los Tratados de Domat y Pothier y , b) La Costumbre de París y el Derecho Germánico, en materia de relaciones patrimoniales entre cónyuges y derecho hereditario (41).

Los seis artículos del Titulo Preliminar tienen un carácter más constitucional que meramente civil, al considerarse aplicables al conjunto del Ordenamiento Jurídico. El concepto de propiedad, individualista, y absoluto, aunque no ilimitado, es tributario del derecho romano y de la concepción iusnaturalista tradicional. La concepción de la familia continua siendo, en gran medida, patriarcal, y la mujer ocupa una posición secundaria respecto de su marido. Se atribuye al éste, el pleno poder de administración del patrimonio familiar, conforme a la concepción comunitaria y antiindividualista propia del droit coutumier germánico, en el caso de que los cónyuges no pactasen una régimen de administración específico. Ha sido esta materia, correspondiente a personas y derecho de familia, la que en mayor medida ha sido objeto de reforma, hasta el punto de conservarse tan sólo seis, de los primitivos 194 artículos, en su redacción original (42)

El Derecho civil emanado del Código fue considerado < nuevo, uniforme y monolítico> para toda la nación y, si bien ha sido objeto, en los dos siglos transcurridos desde se aprobación, de numerosas reformas en materias concretas, especialmente en materia de personas, familia y ,aunque en menor medida, derecho hereditario, se mantiene inalterado en su estructura básica (43) El Código de Procedimiento Civil de1806, tiene una base sustancial conservadora, en atención a la influencia directa, en muchas de sus artículos, de la Ordenanza Civil para la Reforma de la Justicia de Luis XIV. Con posterioridad a la promulgación de estos Códigos, se aprobaron, el Código de Comercio en 1807, el Código de Instrucción Criminal en1808 y el Código Penal en 1810. El principal de los redactores del Código Civil francés, Portalis, dejó escrito que la historia era “la física experimental de la legislación”(44)

b) Alemania. La recepción del Derecho Romano como Derecho Nacional en el siglo XV. Usus modernus Pandectarum. La Escuela Histórica . El Pandectismo

Germania fue una provincia romana y los ríos Rin y Danubio frontera de su Imperio. Caído el Imperio Romano hay que esperar al siglo X para que el rey germano Otón I se proclame continuador del Imperio Romano a través de la fórmula de la translatio o renovatio imperii, lo que da origen al Sacro Imperio Romano Germánico, idea que es mantenida, al menos formalmente, hasta el siglo XVIII.

El emperador del Sacro Imperio procura la aplicación del Derecho Romano justinianeo, si bien su poder es cuestionado por una parte considerable de la nobleza y los señores feudales, partidarios de las tradiciones locales y de las instituciones y costumbres germánicas. El sometimiento de los distintos territorios a la corona imperial es más formal que real.

A partir del siglo XV, la afluencia de estudiantes germanos a Bolonia y su posterior regreso y desempeño de puestos de responsabilidad en territorio alemán, produce una recepción, en la práctica administrativa, judicial y negocial, del Derecho Romano. Ya

entonces había surgido la cuestión, que llega casi hasta la actualidad, entre partidarios del Derecho Romano y partidarios del Derecho germánico. Un momento de exacerbación de la polémica se produce con la llegada del Partido Nazi al poder en Alemania, al prohibirse el estudio del Derecho Romano en la Universidad, y crearse cátedras sólo de Derecho germánico, llegándose incluso a atacar el origen judío de Ulpiano, que había nacido en Tiro(45).

La creación por el emperador Maximiliano, a finales del siglo XV- poco después de la recepción del Derecho Romano como Derecho Nacional de Alemania por vía de la sanción legal, en virtud de una Ordenanza del Emperador- de un Tribunal Central con jurisdicción para determinados asuntos y con competencia en todo el territorio del Imperio, supuso la recepción definitiva del Corpus Iuris(46), si bien se mantuvo la vigencia de algunas viejas tradiciones, costumbres, estatutos y disposiciones legales, en especial en Sajonia (47) En los siglos XVII y XVIII se producen las corrientes de pensamiento denominadas iusnaturalismo racionalista y usus modernus pandectarum, con las características ya señaladas.

La reacción frente al iusnaturalismo racionalista, y su concepción del derecho formado por normas abstractas, racionales, intemporales y conformes a la naturaleza del hombre, liderada por Thibaut y partidaria de elaborar una código común para Alemania, en la estela del Código de Napoleón, se produce en la Alemania de los siglos XVIII y XIX, primero con la Escuela Histórica y posteriormente con la Pandectística.

Estas corrientes de pensamiento coinciden en parte con el racionalismo, pero introducen en el debate la idea de que cada pueblo, cada derecho, tiene su propia conciencia nacional que es la que deriva de su propia historia.

El precursor de la Escuela Histórica es Hugo, su fundador es Savigny, y los principales representantes de la Pandectística, que si bien se considera heredera de la Escuela Histórica, está también influida por el pensamiento racional, son Glück, Ihering y Windscheid.

Para los componentes de la Escuela Histórica, la historia, y en especial la historia de cada nación, es el verdadero fundamento del derecho. Éste es un organismo vivo, en constante cambio, no abstracto, formado no sólo por leyes, sino también por costumbres y por tradiciones que sólo se pueden entender desde la historia. Decía Hugo que separar la ciencia del derecho de la historia es tan imposible como escindir la luz de la sombra. Para la Escuela Histórica, los juristas, como parte del pueblo y representantes del mismo en esta esfera de la cultura, son los encargados de estudiar y de atender al perfeccionamiento y aplicación del derecho.

El máximo exponente de la Escuela Histórica fue Savigny, en su rama romanista. Hay también una rama germanista. Para Savigny el derecho nace en cada pueblo y se

desarrolla en cada pueblo como la lengua o como el arte. Frente al manifiesto de Thibaut, jurista liberal racionalista alemán, en el que se mantiene la necesidad de promulgar un código civil único para todo el territorio alemán, de acuerdo con los postulados del racionalismo iusnaturalista, Savigny considera que antes hay que investigar cuál es el derecho que está en la conciencia del pueblo alemán, y que sólo entonces podrá codificarse el derecho(48).

Como resultado de su investigación Savigny afirma que la codificación en Alemania debe hacerse conforme a los postulados del Derecho Romano, no sólo porque en él se produce una importante compenetración entre los juristas y el pueblo, sino también porque el Derecho Romano forma parte, más que ningún otro, de la cultura y de las tradiciones del pueblo alemán. Savigny pretende y logra la actualización del Derecho Romano y su aplicación como Derecho vigente en Alemania.

El Derecho Romano y el Derecho Germánico constituyen los dos grandes troncos sobre los que se asienta el Derecho continental europeo, ambos sistemas tienen grandes monumentos jurídicos y sólidos argumentos para defender su puesta en valor y su posición jurídica. El debate sobre la superioridad del elemento romano o germánico, es propio del siglo XIX , por lo que, en expresión de Von Canegen, pertenece al pasado, sin que quepa proclamar apodícticamente la superioridad, en su conjunto, de cualquiera de las dos culturas jurídicas, si bien, sí cabría, a título singular, proclamar la consideración del Digesto de Justiniano, como la obra que mayor influencia ha tenido en los Ordenamientos Jurídicos europeos a lo largo de la historia.(49)

Continuador de la Escuela Histórica es el Pandectismo, que recibe este nombre en atención a que considera el Digesto o Pandectas de Justiniano, la obra por excelencia del pensamiento jurídico de todos los tiempos. Los pandectistas, sobre la base del estudio de las fuentes romanas, crean una nueva ciencia del derecho, que se articula en torno a conceptos como derecho subjetivo, relación jurídica, institución jurídica, sistema, persona jurídica, capacidad jurídica, negocio jurídico, etc., que se consideran válidos para todos los tiempos y lugares . Se pretende hacer de la ciencia del derecho una ciencia equiparable a las ciencias naturales o experimentales. La importancia otorgada por los pandectistas a los conceptos hace que se hable de Jurisprudencia de los conceptos, y de los riesgos de que ésta degenere en formalismo y abstracciones alejadas de la realidad.. A la denominada Jurisprudencia de Conceptos, se opone, desde dentro de la propia corriente pandectista, Ihering, que resalta el elemento social del derecho y los conflictos de intereses en la sociedad. El lema de uno de sus estudios, “A través del Derecho romano pero más allá del Derecho romano”, se sigue considerando paradigmático(50). La corriente representada por Ihering es conocida con la denominación de Jurisprudencia de Intereses.

Cabría considerar al Pandectismo, cuya estudio prevalente del Derecho Justinianeo, frente al derecho clásico, obedece a la valoración de su mayor utilidad y actualidad, como la manifestación histórica del positivismo jurídico, así denominado por su consideración del derecho positivo como el único derecho.

Los riesgos de toda actitud positivista a ultranza son evidentes, tanto en el caso de que se parta de la idea de la infalibilidad del legislador, defecto en el que incurren excelsas obras jurídicas como la Compilación de Justiniano o el Código de Napoleón, como que se mantengan las tesis de que todo orden jurídico es un sistema cerrado y completo o de que es suficiente una legitimación formal, externa y democrática en la actividad legislativa. Por el contrario, la historia nos enseña que debemos renunciar a dogmatismos y a apriorismos, que el principio de autoridad debe someterse a los dictados de la razón y que ni el ciudadano ni el jurista deben renunciar a una actitud crítica, valorativa y axiológica del ordenamiento jurídico, porque la idea de justicia se logra desde estos postulados y el derecho es sólo un punto de vista -limitado, contingente, perfectible y criticable- sobre la justicia.

Como una relevante manifestación de la Pandectística, cabe considerar el segundo gran código europeo, que es el Código Civil alemán (BGB) de 1900. El BGB supone importantes innovaciones respecto al Código de Napoleón, en la medida en que recoge soluciones propias de la tradición jurídica germánica, pero continúa teniendo una fuerte base romanística, mayor todavía que la propia del Código civil francés, con importantes aportaciones del derecho germánico, dado que al igual que los principales inspiradores del código francés son dos romanistas, Domat y Pothier, el principal inspirador y, en este caso, también impulsor del código alemán fue un romanista-pandectista: Windscheid.(51)

El Código Civil alemán de 1896, fue adoptado en 1898, como el Código Civil de Japón que, si bien con relevantes modificaciones , continua vigente en el momento actual De carácter mixto se consideran los sistemas jurídicos de países como India o Israel. La tradición jurídica romano-germánica propia del continente europeo se extiende asimismo por Iberoamérica(52)).

La publicación del Código Civil alemán supuso la pérdida de la vigencia generalizada como derecho positivo del Derecho Romano en su acepción de Derecho común en Europa. Quedarán, sin embargo, pequeños territorios donde se sigue aplicando de forma directa el Corpus justinianeo por los tribunales: así sucede en la República de San Marino, el Principado de Andorra, o la República Sudafricana.

c) España . La romanización de Hispania. El romanismo de las Partidas. La tradición romanística del Código Civil de 1889

La etapa de dominación, influencia e incorporación del territorio peninsular a la República y posteriormente al Imperio Romano dura, en las distintas provincias en la que

se articula la Hispania y la Lusitania, seis siglos: del II a.C. al IV d.C. En este período los territorios más romanizados son los colindantes con el Mediterráneo y, en especial, la Bética. El derecho aplicable fue , de forma predominante, el Derecho Romano vulgar, denominado así, por ser derecho clásico simplificado, con fuertes influencias de componentes populares y provinciales.

La aplicación del Derecho Romano, así como otras influencias provenientes de la metrópoli, como la lengua, las obras públicas, la organización administrativa en provincias, municipios y colonias, y la cultura clásica greco-latina, sirvieron entonces como elemento de cohesión de los territorios peninsulares. La caída del Imperio Romano supuso la instauración en el continente europeo de monarquías germánicas. En la península, los visigodos se consideran en gran medida continuadores de los emperadores romanos y su legislación combina elementos germánicos, tradiciones locales y Derecho Romano, este último con carácter predominante.(54)

La Edad Media se caracteriza por los fueros (de base germánica y romana) y las Partidas, monumento del Derecho común, de base romana y canónica. La influencia del Derecho Romano partir del siglo XIII en la Universidad, en la legislación, en la práctica negocial y en la Administración de Justicia, se produce en parte por la afluencia de estudiantes castellanos y leoneses, primero, y de otros territorios, con posterioridad, a Bolonia y a otras universidades europeas, en las que se enseñaba el Corpus Iuris(55). Hasta el siglo XVIII, el ius commune es predominante en España, junto con el derecho real y la pervivencia de instituciones de carácter germánico, aunque es mayor su incidencia en Cataluña, Valencia, Mallorca, Castilla y Navarra(56). En los siglos XVIII y XIX hay una prevalencia del derecho nacional que, en ocasiones, se contrapone al Derecho Romano. El XIX es el siglo del liberalismo y las codificaciones. La fundamental y magnífica obra de la tradición jurídica española que es el Código Civil de 1889 que, con numerosas reformas, sigue vigente, tiene una base fuertemente romanista. La influencia del Código civil francés se manifiesta de forma especial en la concepción general de la obra y en la regulación de las obligaciones y los contratos(57).

La influencia asimismo del Código de Napoleón en las primeras codificaciones nacionales de Iberoamérica permitiría casi hablar de recepción de este cuerpo legal en el continente americano. Con posterioridad, los Códigos de Chile, Argentina y Brasil, se han distanciado, en determinadas materias, del Código francés, aproximándose, en unas ocasiones, a la tradición española, básicamente derecho romano castellano, o al derecho germánico, así en materia de propiedad inmobiliaria y de derecho hipotecario y, en otras, a las categorías pandectísticas, como es el caso del Código brasileño de 1916(58).

7. EL DERECHO COMUNITARIO EUROPEO EN EL HORIZONTE

A la luz de lo ya expuesto, procedería volver sobre la idea de la historicidad del derecho, de todo el derecho, también del derecho positivo, vigente y aplicable por los tribunales y sobre la consideración de que el Derecho Romano-Germánico, es el tronco sobre el que se configura el derecho continental europeo y, por ende, el principal arsenal de conceptos, instituciones y reglas jurídicas que conforman la ciencia jurídica europea.

Parece razonable pensar que en el modelo de construcción del Derecho Comunitario europeo debería optarse por un sistema mixto, en el que se tenga en cuenta al propio tiempo

a)Las seculares enseñanzas de la ciencia jurídica continental

b)Las aportaciones doctrinales, estatutarias y jurisprudenciales del Common Law

c)Los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas, las resoluciones y estatutos de los Tribunales Internacionales Europeos(59)

y, d) Los reglamentos, directivas y textos de carácter institucional del Parlamento, el Consejo y la Comisión Europea (60).

Un ilustre mercantilista alemán, Ulmer, en su discurso de investidura como doctor honoris causa por la Universidad Autónoma de Madrid en 1993, afirma: “Savigny y Thibaut proponen la reelaboración científica del concepto y sistema de Derecho Romano como fuente objetiva del derecho. Su propuesta sigue siendo de interés a pesar de las diferencias entre la Alemania de 1815 y la Europa de 1993.”(61).

El Derecho Romano está llamado a cumplir un papel relevante en la previsible codificación del Derecho privado europeo, y a contribuir con no pocas aportaciones a la más lejana e incierta codificación del Derecho público(62). A su consideración y veneración histórica, y frente a la excesiva idealización del Derecho Romano, se refiere Bobbio cuando afirma : “El Derecho Romano ha desempeñado en el campo de la ciencia del derecho el mismo papel que el Organum aristotélico en la lógica y los Elementos de Euclides en la geometría: es decir, ha sido elevado a momento ideal del desarrollo histórico, y ha adquirido valor paradigmático. Durante siglos se ha creído que el Derecho Romano era no ya un derecho histórico, acaso el más perfecto y más rico de entre los derechos históricos, sino el derecho por excelencia, así como se sostuvo que la lógica aristotélica era la lógica, y la geometría euclidiana era la geometría... Sin embargo, la idealización del Derecho Romano ha acabado desde un cierto punto de vista por obstaculizar el progreso de la ciencia, por hacerlo más lento y circunspecto”.(63)

A la validez, la universalidad, la versatilidad y la diversidad de reinterpretaciones imaginativas que cabe hacer de los textos jurídicos romanos, se refieren estas palabras de Orestano, a cuya obra en esta cita final quiero rendir homenaje: “Padres de la Iglesia

y pontífices, canonistas y teólogos, emperadores y príncipes, hombres de gobierno y reformadores, pensadores y hombres de acción, teóricos de la política o de la economía, hombres de distintas letras y doctrinarios de toda tendencia, de todo país, de toda religión o de toda época se han acercado infinitas veces a los textos del Corpus Iuris para los fines más heterogéneos, a propósito o despropósito, ya en casos particulares, ya como fundamento de doctrinas más o menos generales, siempre en función de intereses contingentes que les han impulsado a buscar en las fuentes romanas, y hasta en concretas palabras de ellas, el origen, la convalidación, la justificación o bien el punto de divergencia y de contraste de las construcciones más disparatadas y hasta opuestas. Tesis güelfas y tesis gibelinas, libertad comunal y señoríos despóticos, absolutismos más o menos iluminados y constitucionalismos de diferente matriz buscan la mayoría de las veces en algún texto de la antigua jurisprudencia o de la antigua legislación imperial una base textual que dijera de su nobleza y autoridad... Bajo este aspecto, el Corpus Iuris se presenta como una mina inagotable, diría casi un pozo de los milagros -o, si la expresión no pareciera muy ruda, una especie de mítico "Cuerno de Amaltea"- del que todo ha sido sacado y del que todo se puede sacar todavía, lo blanco y lo negro, el rojo y la turquesa, el legitimismo y la democracia, el individuo y la sociedad, los principios eternos y la relatividad de las instituciones y los esquemas conceptuales, los factores espirituales y la dialéctica materialista, el normativismo estatalista y el "derecho de los particulares", la rigidez del formalismo más exagerado y la libre autonomía de la voluntad, etcétera"(64).

Es labor de los juristas europeos extraer lo mejor de la Compilación justinianea y de la civilización romana en su conjunto, en su tarea de conformación del Derecho comunitario y proyectar la enseñanza actual del derecho romano, en la doble perspectiva deliniada por Mantovani, de elaboración jurídica y de llave de acceso a la tradición cultural , entendida como educación superior, que se propone cultivar a la persona en su integridad para los fines de la ciudadanía y de la vida en en general. (65)

Cabría afirmar, en definitiva, que el Derecho Romano puede cumplir un relevante papel como elemento de cohesión y de intermediación entre los distintos sistemas y Ordenamientos Jurídicos, sin pretender encontrar necesariamente -porque no sería posible en muchos casos- soluciones en las fuentes romanas a los nuevos problemas que se plantean en la dinámica de la realidad social y mucho menos caer en el error de pretender la validez intemporal de las soluciones romanas en su conjunto. Pero los grandes temas, los grandes problemas, las principales instituciones, las construcciones teóricas más consolidadas, han partido o se han derivado de las fuentes romanas y de ellas se ha nutrido la ciencia del derecho. El sustrato común de las soluciones romanistas en los ordenamientos de los distintos países europeos, así como la propia experiencia jurídica de la comunidad política romana, se configuran como un importante

referente en la futura unificación o armonización del derecho en Europa, que ya se ha materializado , en buena medida, en los avances logrados en particulares ámbitos del derecho civil, así en materia de contratación, de derecho de obligaciones, de propiedad intelectual, y del derecho procesal civil, así como en relación con el recurso a los Principios Generales del Derecho, como ha resaltado Knütel y a los propios textos contenidos en las fuentes romanas, como ha puesto de relieve en forma reciente Reinoso, en las resoluciones dictadas por los Tribunales Comunitarios, en especial el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos(66)

El papel del Derecho Romano como elemento esencial, junto con el Derecho Canónico, del ius commune, de la gran mayoría de las naciones europeas, entre los siglos XII al XVIII, su consideración como sistema de referencia en la elaboración de la dogmática jurídica por la Pandectística y su conformación como elemento vertebrador, junto con el derecho germánico, de la regulación de los principales códigos europeos del XIX, son eslabones de una historia jurídica común de las disintas naciones que conforman el continente europeo y constituyen valiosos, e inexcusables puntos de unión, en el proceso de construcción, y de desarrollo cumulativo, de la ciencia jurídica y del derecho comunitario del futuro.

NOTAS

(1)Vid . sobre la idea de Europa como entidad cultural, Brague, Europa, la vía romana. Versión española de la 3ª ed., trd. J.M. Palacios, Madrid 1995; Cassinari, Tempo e identitá. La dinamica di legittimazione nella storia en el mito. Milano 2005

(2) Sobre cultura europea, vid. Brague, Il futuro dell´ Occidente.Nel modello romano la salvezza dell´Europa. Milano 1998; Nemo, Che cos´é l´Occidente? Soveria Mannello 2005.

(3) Vid. en Latorre, Valor actual del Derecho Romano, Barcelona 1977 Dopsch, Fundamentos económicos y sociales de la cultura europea. De Cesar a Carlomagno. Fondo de cultura económica.España 1982; Romano, L´antichitá dopo la modernitá. Costruzione e declino di un paradigma, Storica, 3, 1997, pp. 7-47; Bretone, Diritto e tempo nella tradizione europea, Roma-Bari 2004.

4) Bonini,Caduta e reconquista dell´Impero romano d¨Occidente nelle fonti legislative giustinianee, en < Felix Ravenna>, CXI-CXII- 1976, pp.293 ss; Paradisi. La caduta dell´ impero romano e la crisi en occidente, en Il Veltro. 21.1977.

5) Vid con carácter general en Calasso, Medio evo del diritto I : Le fonti, Milán 1954;Koschaker, Europa und das römisches Recht. Munich y Berlín 1947; Coing, Handbuch der Quellen un Literatur der neueren euröpaischen Privatrechtsgeschichte I

:Mittelalter (1100-1500). Die gelehrten Rechte und die Gesetgebung . Munich 1973; Cavanna, Storia del diritto moderno in Europa.I Le fonti ed il pensiero giuridico. Milán 1982; Caravale, Ordinamenti giuridici dell¨Europa medievale, Bologna 1994; Grossi, L¨ordine giuridico medievale. Roma 1995(6)Vid en este sentido en Agudo, La enseñanza del derecho.

(6) Vid. en Agudo, La enseñanza del derecho. Logroño 1999; ; Schiavone. Ius. L´invenzione del diritto in Occidente. Torino 2005.

(7) Orestano. Introducción al estudio del Derecho Romano. Trad. y notas M. Abellán. Madrid 1997, pp. 33 ss

(8) Vid al respecto en : Savigny, "Geschichte des römische n Rechts im Mittelalter", 7 tomos, 1850-1851 .Irmae, "(Ius Romanum Medii Aevi), coordinación de Genzmer y otros", Milán, desde 1961.Vinogradoff, "Roman Law in Medieval Europe", 3.ª ed., Oxford, 1961..Calaso, "Introduzione al diritto comune", Milán, 1970.Bonini, "Problemi di Storia delle codificazioni e della politica legislativa", I y II, Bolonia, 1973-75. Guzmán, La fijación del derecho, Universidad de Valparaíso 1977 ;Clavero, "Historia del Derecho: derecho común", Salamanca, 1994.Coing, "Derecho privado europeo", 2 tomos (trad. A. Pérez Martín, Madrid, 1996).Wieacker, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung, Gotinga, 1996 Cannata-Gambaro, "Lineamenti de storia della giurisprudenza europea. 2. Dal medioevo all'epoca contemporánea", Turín, 1989 (= Historia de la Ciencia jurídica europea, trad. Gutiérrez-Masson, Madrid, 1996).Schiavone, "La storia spezzata. Roma antica e Occidente moderno", Roma, 1996,.Wesenberg, "Historia del derecho privado moderno en Alemania y en Europa", (trad. J. J. de los Mozos de la 4.ª ed. de 1985, Valladolid, 1998).

(9) Spengler, La decadencia de Occidente, trd. M G..Morente, Madrid 1926, Vol.III, p.113 ; Vid . los documentos incluidos bajo el título: Edad Media: Cristiandad, poder político y poder espiritual :¿ Conflicto de Jurisdicciones?, en Navarro-Valls y Palomino. Estado y Religión. Textos para una reflexión crítica. 2ªed..Madrid 2003.

(10) En relación con los glosadores y el ius commune vid :Ajello, "L'esperienza critica del diritto. Lineamenti storici" I, Le radici medievali dell'attualità, Nápoles, 1999. 287-380.Bellomo, La Europa del Derecho Común, trad. Montanos Ferrín, Roma 1996; Id. "Società e istituzione in Italia del Medioevo agli inizi dell'età moderna", Roma, II, Cigno, Galileo Galilei, 1997 Id. La Universidad en la época del Derecho Común, trad. Montanos Ferrín. Roma 2000.BUSSI, "Fonti del Diritto Italiano. Dalla caduta del Impero romano fino ai tempi nostri", Milán, 1955. Cavanna, "Storia del diritto moderno in Europa, I, Le fonti e il pensiero giuridico", cit.,.. Paradisi, "Storia del diritto Italiano. Le fonti dal secolo X alle soglie dell'età Bolognese", Nápoles, 1961, pp. 170 ss..Savigny, "Storia del diritto romano nel Medioevo", Turín, 1863, II, pp. 235-255.

(11) Van Caenegen, Pasado y futuro del derecho europeo, cit., pp. 89ss

(12) Kantorowick, Accursio e la sua biblioteca. Rivista Storia del Diritto Italiano. 2. 1929, pp. 35 ss.; En relación con Acursio vid Astuti, "L'edizione critica della Glossa accursiana", "ADR e SD", Milán, 1953. Id, "La glossa accursiana", en "Atti Convegno internazionale di studia accursiani", Bolonia, 1963, Milán, 1968, pp. Bendetto, "Art. Accursio", "NNDI", Turín, 1957, pp. 178 y ss. .De Martino, "Una perduta summa authenticorum di Accursio", "Rivista di Storia del Diritto Italiano", LXI, 1988, pp. 171-180. Diurni, "La Glossa accursiana: Stato della Questione", pp. 70 ss.Feenstra, "Quelques remarques sur le texte de la glosse d'Accurse sur le Digeste vieux", Florencia, 1971, pp. 205-225. Speciale, , "Francesco d'Accursio e la trasmissione della magna Glossa. Un contributo dal codice di Gand", "Bibliothek der Rijk-suniversiteit", 21 VI 191, "RIDC", 6, 1995, pp. 191; Fernández de Buján, Accursio. Juristas Universales. Ed. R.Domingo.

(13) Torelli, "La codificazione e la glossa: questioni e propositi", en "Atti congr. Internaz. di diritto romano", Bolonia-Roma, I, Pavía, 1939, pp. 329 ss. Id. "Per l'edizione critica della Glossa accursiana alle Istituzioni", "Rivista di storia del Diritto italiano", 7, 1934 (y en volumen independiente, Bolonia, 1934), pp. 429 ss.

(14) Vid al respecto en, Talamanca, Lo schema < genus-species> nelle sistematiche dei giuristi romani nella filosofia greca e il diritto romano, Ac. Nac. Lincei, II, Roma 1977 ; Reinoso, "Iuris auctores" ("reflexiones sobre la jurisprudencia romana y el jurista actual"), en "Estudio-homenaje a Á. d'Ors", Pamplona, pp. 891 ss. ;Id. Sobre los precedentes griegos del casus, Index, 21,1993; Fernández de Buján, F., Regulae iuris a propósito del mandatum en las fuentes romanas, RGLJ, 262,187, pp.13 ss; Amarelli, Consilia principis, Nápoles 1983; Id. Dei <consilia principum>, AAC, 10,1995, pp.187 ss; Schiavone. Ius. L´invenzione del diritto in Occidente. Turín 2005.

(15) Schiavone, La storia spezzata. Roma antica e Occidente moderno.Roma 1996; Cavanna, Storia del diritto moderno in Europa,cit.; Cannata-Gambaro, Lineamenti de storia della giurisprudenza europea. 2. Dal medioevo all´epoca contemporánea, cit., Stein, Le Droit Romain et l´Europe. Essai d´interpretation historique. Zuricht 2004

(16) Vid. en, Orestano, Introduzione allo studio del diritto romano, Bolonia, 1987.

(17) Calasso, "I glossatori e la teoria della sovranità", Milán, 1951.Id,"Introduzione al diritto comune", Milán, 1951. Id., "Medioevo del diritto", I, Le fonti, Milán, 1954.

(18)Carpintero, "Mos italicus", "mos gallicus" y el Humanismo racionalista, "Ius Commune", VI, 1977, pp. 108 ss rno. Roma 1996; Nicolini, I giuristi postaccursiani e la fortuna della Glossa in Italia,, en Atti Congr. Internaz. Studi Accursiani, Milán, 1968, vol. III, pp. 802-943. Padoa, Il diritto nella storia d'Europa. Il Medioevo, Padua, 1995. Wieacker, Römisches Rechtsgeschichte. I. Munich 1988; Speciale, La memoria del Diritto comune. Sulle trace d´uso del Codex di Giustiniano (secoli XII-XV). Roma 1994.

(19) Vid. en Carbasse, Introduction historique au droit, París 1998, 2ªed.; Eyssel, Doneau, sa vie et ses ouvrages, dijon 1860;

(20) Vid. en Pauw, Grotius and the law of the sea. Brussels 1965; Wolf, World of Hugo Grotius(1583-1645). Amsterdam 1984; Godding, Le droit privé dans les Pays-Bas méridionaux du 12e au 18e siègle, Brussels 1998..;

(21) Vid. en Mitteis, Deutsche Rechtsgeschichte. Ein Studienbuch. 14 ed., edn by Lieberich, Berlin 1976.; Van Caenegem, Pasado y futuro del Derecho Europeo, trad. L. Diéz-Picazo, Madrid 2003

(22) Vid. en De Montemayor, Storia del diritto naturale, Milano-Palermo-Nápoli 1910; Wieacker, Das Naturrecht und die Aufklärung, Coimbra 1967; Carpintero, El derecho natural laico de la Edad Media. Observaciones sobre su metodología y conceptos, en Revista de Fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos, Pamplona, 8, 1981; Bobbio y Bovero, Sociedad y Estado en la filosofía política moderna: el modelo iusnaturalista y el modelo hegelo-marxiano, Ciudad de México 1986; Waldstein, Lecciones sobre Derecho Natural, trad. P-I, Carvajal, Santiago de Chile 2007;

(23)Vid. con carácter general sobre el racionalismo jurídico en : Tarello, Storia de la cultura giuridica moderna, Bologna 1976, vol. I;

(24).Palao, Sistema Jurídico Ático Clásico, Madrid 2007

(25) Vid Matteuci, Domat un magistrato gianseanista, Bologna, 1959; Gorla, Attegiamento di Domat verso la giurisprudenza e la doctrina, Studi Scaduto, Padova 1969; Di Simone, Aspetti dlla cultura giuridica austriaca, Roma 1984 ; Guzmán, "Ratio scripta", Francfort, 1981;

(26) Vid..en Venturi, Iluministi italiani, T. V, Riformatori napolitani, Milano-Nápoli 1962; D´Amelio, Illuminismo e scienza del diritto in Italia. Milano 1965; Merker, El iluminismo tedesco. Barí 1974; Martin, Nature humaine et Révolution française. Du siècle del Lumières au Code Napoleón. Bouère 1994

(27)Vid. en Martin, Nature humaine et Révolution française. Du siécle des Lumières au Code Napoleón. Bouère 1994.

(28) Hudson, The history of English law. Centenary essays on <Pollok and Maitland>.Oxford 1996.

(29) Van Caenegen, Pasado y futuro del Derecho Europeo, cit., pp. 12ss.

(30) Von Caenegen, Pasado y futuro del Derecho Europeo, cit., pp.89 ss . Asimismo sobre las diferencias entre ambos sistemas jurídicos vid. en Cavanna, Storia del diritto moderno in Europa. I. Le fonti e il pensiero giuridico, cit. .

(31) Vid. en Pollock y Maitland, The History of English law before the time of Edwrd, 2ª ed, Cambridge 1968; Hudson, The formation of the English common law. London 1996.

(32) Vid. en Prichard y Yale 8 (edcs.), Hale and Fleetwood on Admiralty jurisdiction, London 1993; Rodríguez Ennes, La recepción del derecho romano en Inglaterra, I Congreso Iberoamericano de Derecho Romano, Granada 1995, pp. 203 ss .

(33) Vid. en Zimmermann, Der europäische Carácter des englischen Rechts. Historische Verbindungen zwischen civil and common law, Zeitschrift für Europäisches Recht, 1993, 4-51

(34) vid. en : Lawson, A Common lawyer looks an the civil law. The Thomas M. Cooley Lectures, Fifth Series,Ann Arbor 1955;David, Les grandes systèmes de droit contemporains, 3ª ed, París 1969; Watson, Legal transplants. An approach to comparative law, 2ªed., London 1993.

(35)Vid en este sentido en El Notario del siglo XXI, XV,

(36) Vid. en Jahel. Code cicil et codification dans les pays du monde arabe,en Lequette/ Leveneur. 1804-2004. Le Code Civil. Un passé, un present, un avenir. París 2004, pp 831-844. En relación con los derechos orientales y, en especial, con el derecho hebreo, vid. Volterra, Diritto romano e diritti orientali, Bologna 1937

(37) Vid al respecto en Clavero, La idea de código en la Ilustración jurídica , en Historia, Instituciones, Documentos,, 6.1979, pp. 49ss; Caroni, < La historia de la codificación y la historia del Código>, en Initium, 5. 2000, pp. 85ss;.

(38) Vid al respecto en Orestano, <Realidad>, < Palabras>, <Valores>, en el conocimiento jurídico, en Introducción al estudio del Derecho Romano, cit., pp. 415 ss. ; Goyard-Fabre, Pufendorf et le droit naturel, París 1994; Waldstein, Lecciones sobre Derecho Natural: En el pensamiento filosófico y en el desarrollo jurídico desde la Antigüedad hasta hoy. Trad. P.I.Carvajal, Santiago de Chile 2007.

(39) Vid en Toulard, Napoleón :la continuité romaine . en AA.VV., La nozinone di <Romano> tra cittadinanza e universalitá. Roma 1984, pp. 225-227; Theewen, Napoléons Anteil am Code civil. Berlín 1991 y Basdevant-Gaudemet,< Napoleón Bonaparte>, en Juristas Universales, ed. Domingo, Madrid 2004, Vol. II, pp. 857ss.; Astuti, Le" Code Napoleón" in Italia e la sua influenza sui codici degli stati italiani succesori, 1973.

(40) Vid. en Código Civil Francés/ Code Civil, ed. Bilingüe. Trad. Núñez Iglesias. Estudio preliminar y notas, Andrés Santos y Núñez Iglesias. Coordinación, R. Domingo, Madrid 2005; Lévy, La Révolution Française et le droit civil, en Lequette y Leveneur,1804.2004, cit., pp. 87-105.

(41)Vid en Arnaud, Les origines doctrinales du Code civil français, París 1969; Dezza, Lezioni di storia della codificazione civile. Il Code civil (1804) e l´Allgmeines Bürgerliches Gesetzbuch (ABGB, 1812), Turín 1998; Rainer, Europäisches Privatrecht. Die Rechtsvergleichung, Fráncfort del Meno 2002; (42) Sobre la relación entre las varias

codificaciones napoleónicas, vid. Leyte, Le Code civil et les autres codifications napoléoniennes, en Lequette y Leveneur, 1804-1824. Le Code Civil. Un passé, un présent, un avenir (París 2004), pp. 123-130

(42) Vid al respecto en Carbonnier, Flexible droit, París 1969; Id. Essais su les lois, París 1959, 2ªed, Schwarz, The Code Napoleón and the Common- Law Worl, Nueva York 1956 ; Andrés Santos-Nuñez Iglesias, Estudio Preliminar al Código Civil Francés cit.,pp. LXXVIIIss; Andrés Santos, El Bicentenario del Código Civil Francés, desde una perspectiva histórica y comparatista, Anuario Facultad de Derecho da Coruña, 9, pp.1013 ss.

(43) Vid en este sentido en Dezza, Lezioni di storia della codificazione civile. Il Code civil (1804) e l´Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch.(ABGB 1812). Turín 1998; y en Bihr (ed), Le Code civil des Français- Evolution des textes depuis 1804. París 2000.

(44) Vid. (45) Vid. en Discurso preliminar al Código civil francés. Trad. De Cremades y Gutierrez-Masson. Madrid 1997; Sobre la significación de Portalis como codificador, vid. Plesser, Jean Étienne Portalis und der Code civil. Berlín 1997 y Lete del Rio, en Juristas Uiniversales, cit., pp. 774ss.. Sobre los diversos Códigos Napoleónicos vid: Maillet, Codifications napoléoniennes développement économique et formation de la societé française capitaliste, en Quaderni Fiorentini, 2, 1973, pp. 11ss

(45) Vid. en Van Caenegen, en < Los juristas en el Tercer Reich>, Pasado y futuro del Derecho Europeo, cit., pp.123 ss.

(46) Vid en Coing, Die Rezeption des römischen Rechts in Frankfurt am Main. Ein Beitrag zur Rezeptionsgeschichte. Frankfurt 1939; Schlosser, Sturm y Weber, Die rechtsgeschichtliche Exegese. Römisches Recht, Deutsches Recht, Kirchenrecht, 2ª ed., Munich 1993.

(47) Vid. en Schröeder, Friedrich Kark von Savigny . Geschitche und Rechtsdenken beim Übergang vom Feudalismus zum Kapitalismus in Deutschland. Frankfurt, Berne, New York 1984; Hattenhauer, Thibaut and Savigny. Ein programmatischen Schriiften. München 1973; Stoll, Savigny. Ein Bild seines Lebens mit einer Sammlung seiner Briefe, Berlín 1927.1929.1939.; Bretone, Tradizione e unificazione giuridica in Savigny, en Materiali per una storia della cultura giuridica. Milano 1966; Nörr, La intuición viva de Savigny, en Revista Jurídica de Cataluña, 1, 1981,pp. 213 ss.; Whitman, The legacy of Roman law in the German romantic era. Historical vision and legal change. Princenton 1990; Schulte- Nölke, Das Reichsjustizan und die Entstehung des Bürgerlichen Gestzbuchs, Frankfurt 1995;

(48) Zimemermann, El legado de Savigny. Historia del derecho, Derecho comparado y el nacimiento de una ciencia jurídica europea, en Zimmermann, Estudios de Derecho Privado Europeo, trad. de Vaquer, Madrid 2000, pp. 36ss.

(49)Vid. en Van Caenegen, en Germanistas y Romanistas, Pasado y futuro del Derecho Europeo, cit., pp. 110ss

(50) Vid en relación con Ihering, Von Ihering, Tübingen 1922; De Giovanni, L´experienza come oggetivazione, Napoli 1962, pp. 281ss. AAVV., Jhering Erbe, Göttingen 1970;8

(51),; Wieacker, Gründer und Bewaherr, Göttingen 1959,pp. 181ss Pugliese, I pandettisti fra tradizione romanistica e moderna scienza del diritto, en A.A.V.V., La formazione storica del diritto moderno en Europa. Firenze 1977, pp. 29-72; Mazzacane, Pandettistica en Enc. Dir., XXXI, 1981, pp. 592 ss

(52) Vid. en Verwaijen, Early reception of western legal thought in Japan 1841-1868. Leiden 1996; Domingo, Estudio preliminar al Código civil japonés, trad. esp., Madrid 2000;Id. El Código civil japonés, un código a la europea. Boletín de la Facultad de Derecho de la Uned, 203, pp.263ss;

(53) En relación con el Derecho Iberoamericano vid.:Catalano. Diritto romano e paesi latino-americani. Labeo.20.1974/3, pp. 433 ss.; Id..Sistema jurídico latinoamericano y Derecho Romano. RGLYJ,252, I983, pp. 4 ss.; Guzmán Brito, Puntos de orientación para el estudio histórico de la fijación y codificación del Derecho en Iberoamérica, RGLYJ, 254, 1983, pp. 4ss; Castán Vazquez, La influencia de la literatura jurídica española en las codificaciones americanas. Discurso de recepción en Academia de Jurisprudencia y Legislación. Madrid 1984; Fernández de Buján .Derecho Romano y Sistema Jurídico Iberoamericano. Estudios A. Menéndez, 1996,pp. 4181 ss; Guzmán Brito,La codificación civil en Iberoamérica: siglos XIX y XX, Santiago de Chile 2000; Gonzalez de Cancino, Las bases romanísticas del Código Civil colombiano en materia de obligaciones. Bogotá 2006.

(54) Vid. en Tomás y Valiente, Manual de Historia del Derecho Español. Madrid 1990;Iglesias Ferreiro. La creación del derecho. Una historia de la formación de un derecho estatal español, 2 vols., Barcelona 1992 ;Escudero, Curso de Historia del Derecho. Fuentes e Instituciones político-administrativas, Madrid 1995. Montanos Ferrín. España en la configuración histórico-jurídica de Europa. I. Entre el mundo antiguo y la primera edad medieval. 2ªed. Roma 1999 ; Fernández de Buján, De la Iberia griega a la Hispania romana, Estudios en Homenaje a L. Díez-Picazo, Madrid 2005,.T.IV, pp.5701ss. Id. Fernández de Buján, A., "Estatuto jurídico del peregrino compostelano", en "Estudios-Homenaje al profesor Alfredo Calonge", vol. I, Salamanca, 2002; Bravo Bosch, El largo camino de los hispani hacia la condición de cives. Revista General de Derecho Romano. Iustel, n.9,dcbr. 2007, pp.1-42.

(55) Montanos Ferrín. España en la configuración histórico-jurídica de Europa.La época nueva. Siglos XII al XIV. Roma 1999

(56) Montanos Ferrín, España en la configuración histórico-jurídica de Europa. III. El "Estado Moderno".Siglos XVI al XVIII. Roma 2002

(57) Vid. en Baró Pazos, La codificación del Derecho civil en España. 1908-1889. Santander 1992; Clavero. Der Code Napoleón und die Konzeption des rechts in Spanien, en Schulze, Französisches Zivilrecht.in Europa während des 19. Jahrhunderts. Berlín 1994, pp. 271-286; Schipani, La codificazione del diritto roamno comune. Torino 1996.

(58)Vid en Catalano, Sistema Jurídico Latinoamericano y Derecho Romano. Revista General de Legislación y Jurisprudencia. T.XXXV, Madrid 1982; Lobrano "Diritto romano e diritti indigeni in America Latina. Ipotesi e stato della ricerca CNR" in AA.VV., Tradizione giuridica romana e istituzioni indigene del Brasile,Sassari 1993, 139-150. Ramos Núñez, El Código napoleónico y su recepción en América Latina. Lima 1997; Sobre la influencia del Código de Napoleón en el Commmon Law, vid.: Schwarz. The Code Napoleón and the Common Law. Nueva York 1956.

(59) En relación con el papel de los principios generales del derecho, procedentes del Derecho Romano, aplicados por la Corte Europea de Luxemburgo y por otros Tribunales de la Unión Europea, vid Knütel, Ius commune und Römisches Recht vor Gerichten der Europäischen Union, en IUS, 36, 1996, pp.768 ss. ; Reinoso, El Derecho Romano en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en prensa, en n.10 de la Revista General de Derecho Romano de Iustel.. En el art. 38 del Estatuto de la Corte Internacional de La Haya, se mencionan, entre las fuentes del derecho, los Principios Generales del Derecho reconocidos por los pueblos civilizados .Vid. asimismo en Reinoso: Los principios generales del Derecho en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, Id., El Derecho Romano como desideratum del Derecho del Tercer Milenio: Los principios generales del derecho, en Roma e América. 3/1997, pp. 23 ss; En relación con los contratos: Núñez Paz, Derecho Romano, Derecho Común y contratación en el marco de la Unión Europea, Oviedo 2000 y . Díez-Picazo, L , Roca, E. y Morales A.M.,. Los principios del derecho europeo de contratos. Madrid 2002.

(60) Abunda en esta idea , Federico Fernández de Buján, en dos estudios publicados en "SDHI", en 1998 y 1999, bajo el título Aportación del Derecho Romano al proceso de elaboración del Derecho de la Unión Europea,64, 1988 pp.529ss y Retorno a Roma en la elaboración del futuro Código Europeo de Contratos, 66, 2000. Vid asimismo, Rainer, Il significato e le prospettive del diritto romano alla fine del XX secolo, Index. Quaderni Camerti de Studi Romanistici, 26, 1998, pp. 452 ss; Zamoranti, Manfredini, Ferretti, Fondamenti del diritto europeo. Milán 2005; Meli y Maugeri, L´armonizzazione del diritto privato europeo. Il piano d´azione 2003. Milano 2004; Herrera, El Derecho Romano en la cultura jurídica del siglo XXI. Jaén 2007.

(61) En relación con el concepto de sistema en Derecho romano, vid. Cuena, Sistema jurídico y Derecho romano. La idea de sistema y su proyección en la experiencia jurídica romana. Santander 1998

(62) Fernández Barreiro. La tradición romanística en la cultura jurídica europea.Madrid 1992;De los Mozos, J.L., Integración Europea: Derecho comunitario y Derecho común, en Revista de Estudios Europeos, 3, 1993, pp..3 ss.; Herrera- Aguilar, “Derecho romano y derecho canónico: elementos formativos de las instituciones jurídicas europeas”, Granada, 1994 ; Herrera Bravo, “Fundamentos romanísticos del Derecho comunitario europeo”, en “Estudios-Homenaje al profesor Alfredo Calonge”, vol. I, Salamanca, 2002, pp. 531-548.; Capogrossi, I fondamenti storici di un diritto commune europeo. Index, 30, 2002, pp.163 ss.; Talamanca, Relazione conclusiva, en Diritto romano e terzo milenio. Radici e prospettive dell´ experienza giuridica contemporánea. Relazioni del Convengo Internazionale di Diritto Romano.Copanello 3-7 giugno 2000. Napoli 2004. Ascheri, A Turning Point in The Civil-Law Tradition: from ius commune to Code Napoleón, en Tulane Law Review, 1996, pp. 1041 ss; Cuena , El derecho romano entre el deseo y la realidad. Una reflexión crítica sobre la contribución de la doctrina romanística a la construcción del derecho común europeo (y extraeuropeo), en Liber amicorum Joan Miquél .Barcelona 2006, pp. 269 ss. Id. Derecho Romano y Dogmática, en El papel de la historia en la formación del derecho europeo, Cuadernos del Instituto Antonio de Nebrija, 9, 2006, pp. 319 ss ;

(63) Bobbio, Scienza del diritto e analisi del linguaggio, en Riv. Trim. Dir. Proc. Civ., 1950, pp. 363 ss

(64) Orestano, Introducción al estudio del Derecho Romano, cit., pp. 516ss.

(65) Mantovani, El derecho romano después de Europa. La Historia Jurídica para la formación del jurista y ciudadano europeo. Cuadernos del Intituto Antonio de Nebrija,cit., pp. 353-387. Subraya asimismo este autor, el importante papel que tiene la historia jurídica en la formación de los ciudadanos europeos , p. 383 <........no sólo porque los comentaristas más atentos han reconocido el papel del derecho romano en la morfología cultural de Europa sino, también, porque es la propia naturaleza de la enseñanza romanística la que puede situarlo a la altura de los deberes que ha de cumplir>. Vid asimismo en Blanch, Juan M., Linguaggio giuridico, prassi del diritto e domanda antropológica, en Sentieri dell´umano- La domanda antropológica,Venecia 2007, pp. 13 ss.

(66) Reinoso, El Derecho romano en la jurisprudencia del tribunal de Justicia de la Unión Europea, Revista General de Derecho Romano. Iustel, n.10